

O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública de improbidade

Dr. Érico Andrade*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Lei de Responsabilidade Fiscal. 2.1 A responsabilidade fiscal dos agentes públicos. 3 Improbidade administrativa. 3.1 Os tipos de improbidade administrativa e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 3.2 A ação civil pública de improbidade administrativa no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal. 4 Conclusões. 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

A LC 101/00, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, tem por objeto, conforme consta de seu art. 1º, o estabelecimento de "normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal". E lança, no art. 1º, § 1º, os pressupostos da responsabilidade na gestão fiscal:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Assim, como aponta Carlos Valder do Nascimento,

a lei tem por escopo sedimentar o regime de gestão fiscal responsável, mediante implementação de mecanismos legais que deverão nortear os rumos da Administração Pública. Constitui, pois, um código de conduta gerencial a ser observado, doravante, na condução da coisa pública.¹

Mas, para que os objetivos delineados na Lei de Responsabilidade Fiscal possam ser atingidos - entre eles o principal, que é o equilíbrio das contas públicas -, impõe-se que os agentes públicos² que lidam com os "dinheiros públicos" efetivamente cumpram seus preceitos³. E, como anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "para o cumprimento desses objetivos, são previstas medidas sancionatórias, de modo a assegurar a responsabilidade dos agentes públicos na gestão fiscal"⁴.

Imperioso, assim, para se conseguir a efetiva aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, que os agentes públicos que descumpram seus preceitos venham a ser, de fato, punidos, pois, como observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "a impunidade, como se sabe, é o maior incentivo às transgressões"⁵. Na mesma esteira, tenha-se o entendimento de Adilson Abreu Dallari:⁶

Enfim, a irresponsabilidade geral é uma constante entre nós. A irresponsabilidade dos agentes políticos, acima de tudo, é tomada como algo inerente à atividade governamental. Levar vantagem,

(*) Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Mestrando em Direito Administrativo na UFMG. Professor Substituto na UFMG.

1 Nascimento. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, p. 11.

2 Agente público, aqui, é entendido em sentido lato, na esteira da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 227: "Esta expressão - agentes públicos - é a mais ampla que se pode conceber para designar genericamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasionalmente ou episodicamente".

3 Até porque, como anota Adilson Abreu Dallari, A Responsabilidade do agente político, Jus Navigandi, 42, set/99, "não é por falta de normas jurídicas que a corrupção e a impunidade reinam soberanamente no Brasil".

4 Di Pietro. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, p. 129.

5 Moreira Neto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos, RDA, 221, jul/set. 2000, p. 74.

6 Dallari. A responsabilidade do agente político, Jus Navigandi, 42, set. 00.

por meio do sacrifício de direitos alheios, especialmente da coletividade, parece ser algo totalmente indissociável do exercício do Poder.

Um dos grandes desafios que se impõem, portanto, à comunidade jurídica, é conferir efetividade aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal⁷, e, nesse particular, avulta a importância do Poder Judiciário, do qual não se pode excluir a apreciação de qualquer "lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CF), e, que, por isso, quando instado a tanto (art. 2º do CPC), deverá verificar, dentro do caso concreto, a escorrida incidência das normas da LC 101/00, e, na hipótese de violação, deverá aplicar as sanções civis, administrativas e penais aos responsáveis⁸.

A importância do Judiciário no tema mais se avulta quando se atenta para o fato de que os controles administrativos incidentes sobre a gestão, interno e externo, este último exercido pelo Tribunal de Contas, tendem a não funcionar, como aponta Regis Fernandes de Oliveira:

De seu turno, a Administração Pública tem suas figuras formais de controle. O texto constitucional fala em controle interno de cada poder (art. 70) e o externo, realizado pelo Tribunal de Contas. O primeiro formaliza-se em diversos instrumentos que não funcionam ou estão desgastados (...). O Tribunal de Contas, que deveria ter grande significação como instrumento de controle, fracassa, totalmente, não porque quer, mas porque a Constituição não lhe deu poderes suficientes para eficaz atuação. Falha na composição de seus integrantes, normalmente escolhidos politicamente, para atender ao governante de plantão, e decisões são tomadas ao sabor de conveniências políticas⁹.

Nessa linha, o estudo que se passa a empreender tem por objetivo verificar a possibilidade de utilização de importante instrumento processual no controle da Administração Pública no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal: ação civil pública, mais especificamente aquela regulada na Lei 8.429/92.

O trabalho se desenvolverá no seguinte plano: a) estudo da Lei de Responsabilidade Fiscal, com destaque para a responsabilidade fiscal dos agentes públicos; b) análise da improbidade administrativa, sob enfoque da gestão fiscal, e a possibilidade de utilização da ação civil pública prevista na Lei 8.429/92 para sancionar transgressões das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

2 A Lei de Responsabilidade Fiscal

No Brasil, como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sempre existiu

uma triste tradição de irresponsabilidade fiscal e orçamentária dos governantes brasileiros, em que o gastar mais do que se arrecada, o iniciar obras sem saber se é possível terminá-las, o superfaturar para obter proveitos ilícitos, o paralisar investimentos iniciados pelo antecessor e o endividar os erários, entre outras mazelas administrativas do mesmo jaez, se incorporaram ao cotidiano político¹⁰.

Por essa razão, observa Cármen Lúcia Antunes Rocha, a questão do controle dos gastos públicos passou a ganhar importância no cenário político nacional:

A importância das finanças públicas, do direito financeiro e, em especial, da questão dos gastos públicos está na ordem do dia, especialmente num país como o Brasil, no qual não se cogitam dos custos dos dinheiros públicos, mas dos constantes abusos com os dinheiros públicos em proveito de particulares¹¹.

Esse foi o quadro encontrado pela LC 101/00, que objetiva, justamente, pôr cobro a tal estado de coisas:

Com tais objetivos, foi editada a Lei Complementar nº 101/00, também denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, que é parte integrante de um conjunto de medidas que compõem o denominado Plano de Estabilização Fiscal (PEF), tendo estabelecido mecanismos de gestão responsável dos recursos públicos, com o objetivo de conter o déficit e estabilizar a dívida pública, possibilitando a manutenção do equilíbrio que deve existir entre despesas e receitas públicas¹².

O ponto central da Lei de Responsabilidade Fiscal reside, como leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em "um novo conceito de gestão fiscal, em que o equilíbrio das contas públicas erige-se em dever do administrador público"¹³.

Na verdade, a LC 101/00 não introduziu grandes novidades, pois várias das regras que traz em seu bojo já vigoravam no direito brasileiro, como, v.g., na Lei 4.320/64, que, registre-se, continua em vigor, naquilo que não conflitar com a Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, a LC 101/00, no dizer de Emerson Garcia, veio a

estabelecer reprimendas mais severas para aqueles que não agissem de forma responsável na gestão do dinheiro público e, primordialmente, conferiu maior transparência à gestão fiscal, incentivando o desenvolvimento da ideologia participativa¹⁴.

As sanções para o descumprimento de normas da Lei de Responsabilidade Fiscal são de duas ordens, institucionais ou pessoais, ou seja, podem recair tanto sobre a entidade como sobre o agente:

um dos aspectos fundamentais dessa LC é estar ela suportada pela ameaça de dois tipos de punição: a institucional, em que o ente sofre as consequências da ação ou inação de seus administradores na gestão financeira, e a criminal, que tipifica o comportamento do gestor que venha a afrontar seus dispositivos¹⁵.

Dentro desse objetivo de equilíbrio das contas públicas, podem, de plano, ser apontadas as seguintes normas da LC 101/00 que, se descumpridas, vão gerar aplicação das sanções institucionais ou pessoais:

a) deixar de elaborar Anexo de Metas Fiscais, que integra o projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 4º, §§ 1º e 2º, da LC 101/00), enseja aplicação de sanção administrativa, pelo Tribunal de Contas, correspondente a multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que cometer a infração (art. 5º, II, §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00);

b) deixar de promover limitação de empenho e movimentação financeira, quando verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento do resultado primário ou nominal estabelecido no Anexo de Metas Fiscais (art. 9º da LC 101/00), enseja aplicação de sanção administrativa, pelo Tribunal de Contas, correspondente a multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que cometer a infração (art. 5º, III, §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00)¹⁶;

c) é requisito essencial da gestão fiscal responsável a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente federado (art. 11, LC 101/00), requisito que, se descumprido, gera a incidência da sanção institucional consistente na vedação do repasse das transferências voluntárias (art. 11, parágrafo único, LC 101/00);

d) geração de despesa ou assunção de obrigação sem que se atenda aos comandos dos arts. 16 e 17 da LC 101/00 (art. 15, LC 101/00) pode atrair sanção penal consistente na aplicação da pena de reclusão de 1 a 4 anos (arts. 359-C e 359-D do CP, na redação da Lei 10.028/00);

7 Nessa linha, confira-se o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 318: "É preciso, pois, desenvolver um grande esforço nacional para ampliar a consciência da necessidade de cultivar os valores introduzidos com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e de apertecê-la em sua execução".

8 Diogo de Figueiredo Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 290/291, aponta o "árido trabalho interpretativo" da Lei de Responsabilidade Fiscal, que deverá ser exercido pelos "seus milhares de aplicadores e, inevitavelmente, confluirá para os tribunais do País".

9 Oliveira, *Responsabilidade fiscal*, p. 9/10.

10 Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 289.

11 Rocha, *Improbidade administrativa e controle das finanças públicas*, RTCMG, v. 37, nº 4, out./dez. 2000, p. 114.

12 Garcia, *Improbidade Administrativa*, p. 310.

13 Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 290.

14 Garcia, *Improbidade Administrativa*, p. 310.

15 Lino, *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 209.

16 O STF, na ADIn 2.238-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, suspendeu liminarmente apenas o § 3º do art. 9º da LC 101/00, ou seja, a possibilidade de o Executivo interferir nos repasses aos Poderes Legislativo e Judiciário se estes não promoverem a limitação de empenho referida no caput do art. 9º. Quanto ao mais, o art. 9º permanece eficaz.

e) não-enquadramento das despesas com pessoal nos limites estabelecidos na LC 101/00 (arts. 18 a 20) acarreta incidência de sanção institucional consistente na impossibilidade de receber transferências voluntárias, obter garantias e contratar operações de crédito (art. 23, § 3º, LC 101/00) e aplicação de sanção administrativa, pelo Tribunal de Contas, correspondente a multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que cometer a infração (art. 5º, IV, §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00);

f) aumento de despesa com pessoal nos 180 dias anteriores ao término do mandato acarreta nulidade de pleno direito do ato (art. 21, parágrafo único, da LC 101/00) e importa em sanção penal, reclusão de 1 a 4 anos (art. 359-G, CP, na redação da Lei 10.028/00);

g) as transferências voluntárias reguladas no art. 25 da LC 101/00 podem gerar aplicação de sanção penal, detenção de 3 meses a 3 anos, aos agentes políticos municipais, acaso ocorra realização ou recebimento dessas transferências voluntárias em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei (art. 1º, XXIII, DL 201/67, redação dada pela Lei 10.028/00); o mesmo fato é caracterizado como crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 12, item 5, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

h) a destinação de recursos públicos para o setor privado deverá ser autorizada por lei específica e atender às condições estabelecidas na LDO e estar prevista na lei orçamentária (art. 26 da LC 101/00), sob pena de cometimento de crime, consistente em ordenar despesa não autorizada por lei, situação que pode gerar a aplicação da pena de reclusão de 1 a 4 anos (art. 359-D, redação dada pela Lei 10.028/00);

i) se a dívida consolidada do ente da federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, deverá ser reconduzida ou adequada a tais limites nos termos do art. 31 da LC 101/00, sendo que o descumprimento dessa norma acarreta a incidência de sanção institucional (proibição de realização de operação de crédito interna ou externa, impossibilidade de receber transferências voluntárias e inclusão em relação divulgada pelo Ministério da Fazenda - art. 31, §§ 1º, 2º e 3º, da LC 101/00); administrativa (aplicação da multa de 30% dos vencimentos anuais do agente - art. 5º, III, e §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00 e art. 31, § 1º, II, LC 101/00); criminal (no caso dos agentes políticos municipais, art. 1º, XVI, DL 201/67, na redação da Lei 10.028/00); e, ainda, crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 10, item 5, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

j) a LC 101/00 regula a contração e realização das operações de crédito, submetendo-as a limites e condições (arts. 32 a 37 da LC 101/00), que, se descumpridos, podem configurar a infração penal descrita no art. 359-A do CP, na redação da Lei 10.028/00, ou no art. 1º, XX, do DL 201/67 (redação da Lei 10.028/00), no caso de agentes políticos municipais; a infração poderá também caracterizar crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 10, itens 6, 7, 8 e 9, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

l) operações de crédito por antecipação da receita orçamentária realizadas em desacordo com os arts. 37, I, e 38 da LC 101/00 podem acarretar o cometimento, pelos agentes municipais, do crime previsto no art. 1º, XXI, do DL 201/67 (redação dada pela Lei 10.028/00); a infração poderá também caracterizar crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 10, item 10, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

m) também é tipificado com infração penal no art. 1º, XXII, do DL 201/67, redação conferida pela Lei 10.028/00, ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa daquela prevista na lei que autorizar tal emissão; o mesmo fato é caracterizado como crime de responsabilidade em relação ao Presidente, Ministros, Governadores e Secretários de Estado, sancionado com perda do cargo e inabilitação, até cinco anos, para exercer função pública (arts. 2º e 74 da Lei 1.079/50), nos termos do art. 10, item 11, da Lei 1.079/50, na redação dada pela Lei 10.028/00;

n) prestação de garantia em desacordo com o disposto no art. 40 da LC 101/00 pode importar no cometimento do crime tipificado no art. 359-E, CP, redação da Lei 10.028/00;

o) a inscrição irregular em restos a pagar, nos dois últimos quadrimestres do mandato eletivo (art. 42 da LC 101/00), pode importar no cometimento do crime tipificado no art. 359-B, CP, na redação da Lei 10.028/00;

p) a LC 101/00, art. 51, determina aos entes da federação o encaminhamento à União de suas contas, para efeito de consolidação e divulgação, obrigação que, se descumprida, gera aplicação de sanção institucional consistente no impedimento de realização de transferências voluntárias (art. 51, § 2º, LC 101/00) e, no âmbito municipal, ainda poderá implicar crime (art. 1º, VI, DL 201/67);

q) os arts. 54 e 55 da LC 101/00 ditam a necessidade de emitir, ao final de cada quadrimestre, um relatório de gestão fiscal, que, se não emitido, acarreta incidência da sanção institucional de impedimento de recebimento de transferências voluntárias (art. 55, § 2º, da LC 101/00) e sanção administrativa, consistente na aplicação da multa de 30% dos vencimentos anuais do agente (art. 5º, I, e §§ 1º e 2º, Lei 10.028/00);

r) emissão de títulos da dívida pública em desacordo com a norma do art. 61 da LC 101/00 pode importar no cometimento do crime tipificado no art. 359-H, CP, na redação da Lei 10.028/00.

2.1 A responsabilidade fiscal dos agentes públicos

Cármem Lúcia Antunes Rocha leciona que não se poderia "pensar em República sem se pensar na paralela responsabilidade de todo aquele que detém e que exerce cargo público"¹⁷. Por isso, Adilson Abreu Dallari destaca que

onde houver exercício irregular de poder haverá responsabilização. O sistema jurídico brasileiro comporta várias espécies de responsabilidade aplicáveis aos agentes políticos, conforme a específica ação praticada: política, patrimonial, penal, por improbidade administrativa, popular e fiscal¹⁸.

É neste ponto - responsabilidade do agente público - que a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe mais novidades, pois dotou o sistema de normas financeiras de severas sanções, acaso haja má gestão de recursos públicos. Tanto isso é certo que Marcelo Figueiredo observa que, "em matéria de sanções, é preciso, desde logo, dizer que a Lei de Responsabilidade foi pródiga"¹⁹.

Carlos Valder Nascimento explicita quando surge a responsabilidade fiscal:

O equilíbrio das contas públicas exige administração planejada e controle eficiente e sistemático das rubricas orçamentárias, com seu conseqüente acompanhamento e avaliação. De sorte que, em assim não agindo, o administrador poderá ser chamado a responder no campo da responsabilidade fiscal em face de gestão temerária. Responsabilidade reveste a qualidade de ser responsável, portanto, a condição de responder por determinado evento sobre o qual incide a regra desta lei²⁰.

Nessa linha, quando houver gestão temerária, o agente público poderá sofrer as sanções administrativas, aplicadas pelo Tribunal de Contas, nas hipóteses descritas no art. 5º da Lei 10.028/00, ou poderá até mesmo incorrer em crime, conforme os ilícitos penais introduzidos pela mesma Lei 10.028/00. O ente a que pertence o agente também poderá sofrer as conseqüências, com a aplicação das sanções ditas institucionais.

Todavia, além dessas sanções, o agente público que violar as normas da LC 101/00 pode, também, incorrer em improbidade administrativa, pois seu art. 73 dispõe expressamente que "as infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo (...) a Lei 8.429/92". Situação que poderá significar aplicação cumulativa de todas as sanções previstas na LC 101/00 e Lei 10.028/00, mais aquelas pertinentes à prática de improbidade administrativa, conforme entendimento de Marino Pazzagli Filho²¹:

17 Rocha. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas, RTCMG, v. 37, nº 4, out./dez. 2000, p. 108.

18 Dallari. A responsabilidade do agente político, Jus Navigandi, 42, set./99.

19 Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa. Interesse Público, nº 12, 2001, p. 117.

20 Nascimento. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, p. 17/18.

21 Pazzagli Filho. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, p. 44.

Assim, a violação de norma de gerência do Tesouro Público pode configurar ato de improbidade administrativa, sujeitando o agente público infrator às medidas sancionatórias da LIA, independentemente de sua eventual punição penal se a conduta impropria por ele praticada enquadrar-se em uma das figuras típicas previstas no Código Penal ou em leis penais extravagantes.

Aliás, como leciona Emerson Garcia, a referência expressa contida no art. 73 da LC 101/00 à aplicação da Lei 8.429/92 é até mesmo desnecessária

porque a mera violação aos princípios da legalidade e da moralidade, observados os critérios de proporcionalidade já expostos, por si só, possibilita a subsunção da conduta à tipologia dos atos de improbidade, independentemente de expressa previsão na legislação violada²².

Tem-se, portanto, que a violação de normas da Lei de Responsabilidade Fiscal pode representar improbidade administrativa até porque, entre os dois temas, há uma estreita relação²³, como anota Cármen Lúcia Antunes Rocha, quando aponta a "necessidade de controle das finanças públicas, como forma de realização do princípio da moralidade administrativa e de garantia da probidade"²⁴.

Marcelo Figueiredo também expõe que "a Lei de Improbidade (Lei 8.429/92) (...) contempla algumas figuras que podem muito bem ser invocadas no caso de irresponsabilidade fiscal"²⁵; e Emerson Garcia preconiza que, "não observada a LRF, será possível enquadrar a conduta do agente público na tipologia dos atos de improbidade"²⁶.

Dentro desse quadro é que surge a perspectiva de responsabilização do agente público na via judicial pelo cometimento de improbidade administrativa em decorrência de violação das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

3 Improbidade administrativa

José Afonso da Silva, citando lição de Marcelo Caetano, registra que "a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer". Aponta como elemento da improbidade administrativa o dano ao erário, quando anota que "a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao improprio ou a outrem"²⁷.

Improbidade, portanto, significa falta de probidade, ou seja "desonestidade e desonradez", traduzindo, segundo Waldo Fazzio Júnior, "o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé"²⁸. Por essa razão, Marcelo Figueiredo leciona que não

parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de 'desonestidade', ou improbidade propriamente dita²⁹.

A Lei 8.429/92, que tipifica as condutas que traduzem improbidade administrativa, regula as sanções aplicáveis e a ação judicial para apuração e punição da improbidade, prevê três tipos diversos de atos de improbidade administrativa: a) atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiro (art. 9º); b) atos de improbidade administrativa que importem em prejuízo ao erário (art. 10º); e c) atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11).

E, para sancionar tais condutas improprias, o legislador instituiu, no art. 12 da Lei 8.429/92, as penas que podem ser aplicadas aos transgressores: a) perda dos bens acrescidos ao patrimônio; b) ressarcimento dos danos causados ao erário; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Além dessas sanções, é claro que o próprio ato de improbidade poderá sofrer a sanção de nulidade, como expõe Emerson Garcia:

Além dessas sanções passíveis de serem aplicadas ao agente, também a nulidade do ato ilícito praticado deve ser perseguida, sendo esta normalmente um antecedente lógico daquelas. Frise-se, ainda, que a técnica legislativa adotada pela Lei n. 8.429/92, essencialmente voltada ao infrator, nada impede, antes aconselha, a imprescindível declaração de nulidade do ato, o que é da própria essência do sistema pátrio de controle jurisdicional dos atos administrativos³⁰.

Do exame dos tipos de improbidade estabelecidos na Lei 8.429/92 constata-se, de plano, em razão da literalidade dos seus dispositivos, que o conceito doutrinário de improbidade administrativa não foi acatado, pois admitiu-se a existência de tipos de improbidade independentemente de lesão ao erário (art. 11), bem como se entendeu suficiente para caracterização, em tese, da improbidade, a mera ilegalidade da conduta, ou seja, não se cogitou do elemento desonestidade, má-fé.

Entretanto, doutrina e jurisprudência vêm alertando que não se pode prescindir dos elementos desonestidade e dano ao erário na apuração da efetiva existência da improbidade, sob pena de se entender qualquer irregularidade ou ilegalidade como ato de improbidade administrativa, a atrair as gravíssimas sanções estatuidas no art. 12 da Lei 8.429/92. Com efeito, Marcelo Figueiredo alerta, a respeito do art. 11 da Lei 8.429/92, que "a regra acaba por considerar, sem maiores cautelas, que toda e qualquer violação à legalidade implica necessariamente ato de improbidade. Tal exegese, contudo, conduz ao absurdo"³¹. E completa o mesmo Marcelo Figueiredo:

A ilegalidade praticada por ato culposo do servidor que possa ser acoimada de formal, não causando prejuízo ao Erário, não pode ser tida como ato de improbidade, diante das severas (e incompatíveis) penalidades previstas na Lei de Improbidade. A violação à legalidade, aliada à desonestidade no comportamento do agente, pode, genericamente, ser classificada como ato de improbidade administrativa. Na aplicação e interpretação da Lei de Improbidade, deve-se atentar para o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade³².

Essa orientação, ao que tudo indica, é que vem sendo acatada pela jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, que, em um precedente, envolvendo aplicação do art. 11 da Lei 8.429/92, registrou o seguinte entendimento:

Administrativo. Responsabilidade de prefeito. Contratação de pessoal sem concurso público. Ausência de prejuízo. - Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil³³.

Orientação que foi reiterada em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

As normas que dispõem sobre a improbidade administrativa devem ser interpretadas dentro do princípio da proporcionalidade e bom senso, amoldando-as ao espírito constitucional, para evitar situações arbitrárias. A ilegalidade por si só não acarreta incidência da Lei de Improbidade, pois, segundo Fábio Medina Osório, 'somente os atos que, além de ilegais, se mostrarem frutos de desonestidade ou inequívoca e intolérável incompetência do agente público', devem ser considerados configuradores de improbidade administrativa³⁴.

22 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 314.

23 Correlação que mais se evidencia se se considerar que tanto a Lei de Improbidade como a Lei de Responsabilidade Fiscal derivam dos princípios positivados no art. 37 da CF, que regem a atividade administrativa, conforme entendimento de Marino Pazzaglini Filho, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, p. 46.

24 Rocha. *Improbidade administrativa e controle das finanças públicas*, RTCMG, v. 37, nº 4, out./dez. 2000, p. 123.

25 Figueiredo. *A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa*, "Interesse Público", nº 12, 2001, p. 120.

26 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 329.

27 Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 563.

28 Fazzio Júnior. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, p. 50/51.

29 Figueiredo. *Probidade Administrativa*, p. 24.

30 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 335.

31 Figueiredo. Responsabilização por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, RT, nº 28, jul./set. 1999, p. 41.

32 Figueiredo. Responsabilização por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, RT, nº 28, jul./set. 1999, p. 43.

33 STJ. REsp 213.994-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 27.09.99.

34 STJ. AI 354.430-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 28.02.01.

E vem sendo, ainda, encampada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ressarcimento de danos. Ação civil. Lei n. 8.429/92. Ministério Público. - A contratação irregular de servidor temporário, tendo havido real prestação de serviços, por si só, não constitui ato de improbidade administrativa a ensejar ressarcimento aos cofres públicos, à mingua de prejuízo para o Município. Ação civil julgada improcedente que se confirma³⁶.

"Em favor desse entendimento pode, sem dúvida, na esteira do entendimento de Marcelo Figueiredo, ser invocado o princípio da proporcionalidade, implicitamente acolhido na Constituição Federal vigente", pois ter-se por improbidade administrativa, a acarretar a incidência das graves sanções do art. 12 da Lei 8.429/92, qualquer ilegalidade ou violação à lei, é, sem dúvida, um exagero, que não guarda consonância com o aludido princípio da proporcionalidade, que, segundo Odete Medauar

consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público; segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social³⁷.

Mas há doutrinadores, como Emerson Garcia, que contestam essa orientação. Com efeito, aponta Emerson Garcia que tal entendimento implementa "verdadeira simbiose entre a Lei n. 4.717/65 e a Lei n. 8.429/92", e arremata:

Em prevalecendo entendimentos como este, a aplicação da Lei de Improbidade será seriamente comprometida, inviabilizando a consecução do ideal de probidade na Administração, isto sem contar com a negativa de vigência do art. 21, I, deste diploma legal³⁸.

Antes de examinar os tipos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92, nos quais podem ser enquadrados eventuais descumprimentos das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, cumpre advertir, em consonância com o que se vem expondo, que a obediência pura e simples da LC 101/00 não significa atestado de probidade para o administrador e vice-versa, ou seja, que eventual descumprimento da LC 101/00 signifique, de plano, improbidade administrativa.

Nessa linha, confira-se lição de Misabel Abreu Machado Derzi:

pode ocorrer que um Estado se enquadre perfeitamente nos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, e, mesmo assim, pratiquem os seus governantes uma série de atos de corrupção (como o superfaturamento em obras públicas). Pode acontecer ainda, ao contrário, que administradores públicos não consigam trazer os gastos com pessoal aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não obstante tenham realizado uma gestão honesta, sem prática de desvio ou improbidade³⁹.

3.1 Os tipos de improbidade administrativa e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Como aponta Marcelo Figueiredo, há

algumas condutas descritas na Lei de Improbidade que, por sua própria dilação normativa, poderiam ser invocadas na defesa dos valores protegidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁴⁰.

Assim, o art. 10, VI, da Lei 8.429/92, dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário "realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea".

36 Moraes. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 133/134.

37 Medauar. *Direito Administrativo Moderno*, p. 154.

38 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 214.

39 Derzi. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 250.

40 Figueiredo. "A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa" - *Revista Jurídica*, nº 12, 2001, p. 120.

Perfeitamente enquadráveis nesse tipo de improbidade as violações às normas da LC 101/00 que regulam a contratação e realização das operações de crédito, inclusive as operações de crédito por antecipação da receita orçamentária, submetendo-as a limites e condições previamente estabelecidas (arts. 32 a 38 da LC 101/00). Essas operações de crédito constituem uma das espécies de operação financeira, como explicita Marcelo Figueiredo: "O Estado, através de suas manifestações, adquire títulos, ações, concede empréstimos, toma recursos - enfim, realiza 'operações financeiras'⁴¹."

Em seguida, tem-se o tipo de improbidade administrativa descrito no art. 10, VII, da Lei 8.429/92, consistente em "conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais", que casa perfeitamente com a norma da Lei de Responsabilidade Fiscal que cuida da renúncia de receita (art. 14).

O tipo do art. 10, IX, da Lei 8.429/92 é bastante abrangente, pois estabelece como ato de improbidade administrativa "ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento", podendo incidir acaso haja violação aos arts. 16 e 17 da LC 101/00, que tratam da despesa pública e dos requisitos para geração de novas despesas.

O art. 10, X, da Lei 8.429/92, a seu turno, dispõe que constitui improbidade administrativa "agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público". A primeira parte do dispositivo trata da improbidade quando o agente viola o art. 14 da LC 101/00, ou seja, pratica a renúncia de receita, que ocorre também no caso em que haja omissão em exigir ou cobrar os tributos devidos. Emerson Garcia registra que, "tendo sido regularmente instituído um tributo, será ilícita a conduta do Chefe do Executivo que deixar de adotar as providências necessárias à sua cobrança"⁴². Confira-se, ainda, lição de Carlos Valder do Nascimento:

Exprime a expressão renúncia de receita a desistência do direito sobre determinado tributo, por abandono ou desistência expressa do ente federativo competente para sua instituição. De sorte que importa sempre num abandono ou numa desistência voluntária, pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o quer utilizar⁴³.

A segunda parte do art. 10, X, que cuida da conservação do patrimônio público, pode ser invocada se o agente incorre, v.g., em violação ao art. 44 da LC 101/00, ou seja, se aplica receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para financiamento de despesa corrente.

Por fim, na seara do art. 10 da Lei 8.429/92, tem-se que seu inciso XI estabelece como improbidade administrativa a liberação de "verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes". Aqui, sem dúvida, aparecerá o ato de improbidade em questão se o agente público promover transferência irregular de recursos do setor público para o setor privado, ou seja, se desobedecer ao comando contido no art. 26 da LC 101/00.

Da mesma forma, poder-se-ia cogitar da improbidade em análise se um ente da Federação destinasse recursos em sede de transferência voluntária a outra entidade da Federação que tivesse descumprido, por exemplo, os arts. 51, 54 ou 55 da LC 101/00, situação que atrai a incidência da sanção institucional de vedação de realização de transferências voluntárias.

Férteis, também, as possibilidades de configuração do ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei 8.429/92 em razão da violação de normas da Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, por exemplo, o seu inciso V, ao prever como ato de improbidade o fato de o agente "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo", importa o enquadramento, como improbidade administrativa, de condutas que violem os comandos insertos nos arts. 51, 54 e 55 da LC 101/00.

Por fim, os incisos I e II do art. 11 da Lei 8.429/92 podem abranger um variado leque de violações às normas que cuidam da gestão fiscal responsável, pois tipificam como ato de improbidade a prática de ato "visando

41 Figueiredo. *Improbidade Administrativa*, p. 89.

42 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 319.

43 Nascimento. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 94.

fim proibido em lei" ou visando fim diverso daquele previsto na regra de competência" ou, ainda, "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício".

No âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal, um dos agentes públicos que estará mais em evidência, inclusive para efeito de responsabilização, aqui incluída a responsabilidade por improbidade administrativa, é o ordenador de despesa. Com efeito, como leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF -, o ordenador de despesa foi extremamente valorizado no aspecto responsabilidade: exige a norma, como condição de validade de determinados atos, que não só ordene a despesa, mas que proceda previamente à análise dos fatores que ensejam ou não a sua regularidade e avalie ainda a compatibilidade do ato com o orçamento (...). A LRF promove o ordenador de despesa de especialista em sistema de pagamentos públicos em verdadeiro analista de finanças públicas⁴⁴.

Assim, se o ordenador de despesa realizar pagamento em desacordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, poder-se-á cogitar de sua responsabilidade também no âmbito da Lei 8.429/92.

Cabe anotar, mais uma vez, que não é qualquer descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal que importará em improbidade administrativa, pois a configuração desta exige, segundo entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, além de lesão ao patrimônio público, a caracterização de má-fé ou desonestidade do agente, ou, pelo menos, culpa grave, conforme apontado no item 3 supra. Nessa esteira, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ainda a respeito do ordenador de despesas, preconiza que

permanecem válidas, mesmo na Lei de Responsabilidade Fiscal, na apuração de responsabilidade no âmbito administrativo, as alegações de defesa de falha estrutural - quando a irregularidade decorre das condições contratuais do órgão, comprovadamente invencível pela boa intenção do agente - e inexigibilidade de conduta diversa - quando pelas condições da ocorrência do ato não se poderia exigir que o agente tivesse outro comportamento⁴⁵.

E de outra forma não poderia ser, pois só se pode cogitar de responsabilidade subjetiva do agente público, mediante comprovação de dolo ou culpa, pois a responsabilidade objetiva vigora apenas no âmbito da Administração Pública, conforme se extrai do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Nessa quadra, cabe menção ao entendimento de Emerson Garcia:

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 pressupõe o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade⁴⁶.

3.2 A ação civil pública de improbidade administrativa no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal

Praticado ato que, em violando normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, possa ser enquadrado em algum tipo de improbidade administrativa regulado na Lei 8.429/92, as sanções aplicáveis a tal ato de improbidade, previstas no art. 12 da aludida Lei 8.429/92, só podem ser impostas ou concretizadas no âmbito de procedimento judicial, ou seja, por meio de uma espécie de ação civil pública denominada ação civil pública de improbidade ou ação civil de reparação de dano (art. 18 da Lei 8.429/92)⁴⁷.

Parte ativa legítima para propositura da ação civil pública prevista na Lei 8.429/92, em princípio, nos termos de seu art. 17, seria apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, ou seja, aquelas listadas

no art. 1º da Lei 8.429/92. A doutrina controverte, entretanto, a respeito da possibilidade de as associações de um modo geral ajuizarem tal ação.

Grande parte da doutrina, como anota Rogério Pacheco Alves, nega a legitimidade das associações, conferindo interpretação restritiva ao art. 17 da Lei 8.429/92. Esse autor, entretanto, defende a legitimidade das associações, ao argumento de que a ação civil pública de improbidade prevista na Lei 8.429/92 é espécie do gênero ação civil pública, razão pela qual se poderiam aplicar, nessa seara, as disposições da Lei 7.347/85, e, com isso, as associações seriam enquadradas como "pessoa jurídica interessada", nos termos do art. 17 da Lei 8.429/92⁴⁸.

O procedimento da ação civil pública inserida na Lei 8.429/92 é ditado pelas normas processuais contidas em seu âmbito (arts. 14 a 18), aplicando-se, ainda, as normas da Lei 7.347/85, pois, conforme leciona Rogério Alves Pacheco, "é cabível o manejo da ação civil pública no campo da improbidade, incidindo as regras processuais previstas na Lei n. 7.347/85, por ser a tutela do patrimônio público um interesse difuso"⁴⁹. Tem-se, ainda, que aplicável subsidiariamente o CPC, pois a ação civil pública, como sabido, é ação de natureza cível (não penal)⁵⁰.

A ação civil de improbidade regulada na Lei 8.429/92 tem uma peculiaridade procedimental que lhe é própria, importada do processo penal (CPP, arts. 513 a 517; Lei 8.038, arts. 4º a 7º): antes do recebimento da inicial e da citação do réu, ou seja, da completa formação da relação processual, instaura-se uma fase prévia ou preliminar, na qual o réu é notificado para se manifestar sobre a ação, a fim de que possa o juiz deliberar sobre a existência, em tese, do cometimento de improbidade. Só após a manifestação do réu é que o juiz decidirá se recebe a ação e manda citá-lo para se defender ou se rejeita liminarmente a ação (art. 17, §§ 7º a 9º, acrescentados pela MP 2.225-45/01).

A realização dessa fase preliminar, para deliberação sobre o recebimento ou não da ação de improbidade, é denominada pela doutrina processual de condição de procedibilidade e se encarta entre os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, acarretando a ausência de tal fase prévia a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IV, CPC.

A origem da implantação dessa fase preliminar pela MP 2.225-45/01, com o objetivo de verificar um mínimo de substrato material para processamento de tão grave ação judicial, certamente se encontra no seu uso abusivo por parte do Ministério Público, anunciado, por exemplo, por Adilson Abreu Dallari:

Não é dado à Administração Pública, nem ao Ministério Público, simplesmente molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão, por alguma suposta eventual infração da qual ele, talvez, tenha participado. (...) Repugna a consciência jurídica aceitar que alguém possa ser constrangido a figurar como réu numa ação civil pública perfeitamente evitável. Configura abuso de poder a propositura de ação civil temerária, despropositada, não precedida de cuidados mínimos quanto à sua viabilidade⁵¹.

Outra peculiaridade procedimental da ação civil de improbidade é que há expressa previsão legal (arts. 7º e 16, Lei 8.429/92) para a decretação de indisponibilidade ou sequestro dos bens dos agentes que praticaram o ato de improbidade, quando este causar prejuízo ao erário ou houver enriquecimento ilícito dos próprios agentes ou de terceiros.

Tanto o sequestro como a indisponibilidade são medidas de natureza cautelar, que se prestam a assegurar a eficácia e o resultado útil da ação civil de improbidade (ação principal), no que tange ao efetivo ressarcimento dos danos causados ao erário. E, diante da evidente natureza cautelar da medida, ela só poderá ser deferida quando presente a aparência do bom direito e o perigo da demora, nos termos dos arts. 798 e 801, III e IV, do CPC. Inviável, pois, a concessão dessas drásticas medidas mediante simples alegação do Ministério Público de que o agente poderá, em tese, alienar seu patrimônio no curso da ação.

Nessa linha, confira-se o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

48 Alves. *Improbidade Administrativa*, p. 548.

49 Alves. *Improbidade Administrativa*, p. 529.

50 Cf. Pazzagli Filho, Rosa e Fazzio Júnior. *Improbidade Administrativa*, p. 192.

51 Dallari. *A responsabilidade do agente político*, *Jus Navigandi*, 42, set./99.

44 Fernandes. O ordenador de despesa e a Lei de Responsabilidade Fiscal, *Revista de Informação Legislativa*, nº 151, jul./set. 2001, p. 153/154.

45 Fernandes. O ordenador de despesa e a Lei de Responsabilidade Fiscal, *Revista de Informação Legislativa*, nº 151, jul./set. 2001, p. 167.

46 Garcia. *Improbidade Administrativa*, p. 215/216.

47 Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa*, p. 528, registra que, "por ser a defesa do patrimônio público, objeto da Lei de Improbidade, um interesse difuso, incidirá a técnica de tutela prevista na Lei nº 7.347/85, sendo de menor importância a definição do *nomen iuris* da ação comotambém o próprio procedimento a ser adotado, que, atualmente, é o previsto no art. 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pelas Medidas Provisórias nº 2.088 e nº 2.225".

Logó, tais providências (sequestro ou indisponibilidade) haverão de ser pleiteadas dentro do sistema do Código de Processo Civil aplicável à tutela cautelar comum, sujeitando-se, como é lógico, aos seus pressupostos genéricos, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (...) o Ministério Público não tem poder para requerer o sequestro baseando-se apenas na existência da ação civil de repressão à improbidade administrativa. Sua pretensão somente será acolhível se e quando demonstrar a efetiva configuração do fundado temor de desvio, danificação ou ocultação dos bens disputados na referida ação principal⁵².

Na mesma esteira, Cármen Lúcia Antunes Rocha anota que

há que haver provas para que se tenha fundamentado o pedido de indisponibilidade, pois sem isso o que haveria seria ampla possibilidade de haver risco de arbítrio e mesmo o indiscriminado e inaceitável abuso no exercício da competência⁵³.

A respeito de tal sequestro ou indisponibilidade de bens, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que

a Lei n. 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso⁵⁴.

O entendimento restritivo não se justifica nas hipóteses de ressarcimento de danos causados ao erário, pois certo que o devedor responde pelos danos que causar com todos os seus bens presentes e futuros, nos exatos termos dos arts. 591, CPC, e 1.518 do CC. Não há, pois, nenhuma razão jurídica plausível para se subtraírem de tal garantia da reparação dos danos ao erário os bens anteriores do agente, pois estes integram seu patrimônio, para efeito de assegurar o cumprimento de suas obrigações. Se assim ocorre quando se trata de relações entre particulares, com maior força de razão, então, os bens devem garantir o ressarcimento dos danos causados ao erário.

Em relação à sentença a ser proferida na ação de improbidade administrativa, surge a seguinte questão: as sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, têm que ser aplicadas em bloco, ou o juiz pode aplicar uma ou algumas delas, deixando de aplicar outras?

Marcelo Figueiredo entende que há margem de discricionariedade por parte do juiz para optar entre as sanções suficientes para punir o agente, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

é de se afastar a possibilidade de aplicação conjunta das penas em bloco, obrigatoriamente. (...) mostra-se adequado o estudo do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, insito à jurisdição (...). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais 'adequada' em face do caso concreto⁵⁵.

De lembrar, ainda, a respeito da sentença que, acaso pedida, deve o juiz decretar a nulidade do ato administrativo, conforme explicitado no item 3. Se não houver pedido, não pode decretar nulidade do ato, hipótese em que apenas aplicará as sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 aos réus. É o que expõe Emerson Garcia: "inexistindo o pedido neste sentido, nada impedirá a aplicação das sanções relativas ao ato de improbidade pelo agente, restando sempre a possibilidade de anulação do ato em demanda diversa"⁵⁶. E assim ocorre porque, em sede de processo civil, o limite da cognição judicial é delimitado pelo pedido do autor (art. 128, CPC), sendo vedado ao juiz proferir sentença diversa da pedida ou deferir parcelas não pedidas (art. 460, CPC).

52 Theodoro Júnior. O sequestro na lei de repressão a ato de improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92, RTCMG, v. 22, nº 1, p. 41/42, jan./mar. 1997. Cf. no mesmo sentido: TJSP, AI 66.670-S, Relator. Des. Rubens Elias, JTJ-Lex, 214, p. 179.

53 Rocha. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas, RTCMG, v. 37, nº 4, out./dez. 2000, p. 110.

54 STJ, REsp 196.932-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 10.05.99.

55 Figueiredo. Improbidade Administrativa, p. 114/115. Cf. ainda Juarez Freitas, Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação, JSTJ e TRF-Lex, 85, p. 9.

56 Garcia. Improbidade Administrativa, p. 335.

Cabe, por fim, uma breve referência ao problema da prescrição da ação civil de reparação de danos (art. 17 da Lei 8.429/92). O art. 37, § 5º, da Constituição Federal parece, de forma indireta, declarar que a ação de ressarcimento de danos ao erário seria imprescritível. Todavia, esse entendimento mostra-se insustentável perante o próprio ordenamento jurídico vigente, pois a Constituição Federal estabelece, como direito e garantia fundamental, a vedação de penas perpétuas - art. 5º, XLVII, b. Ora, no caso, a se entender imprescritível o ressarcimento, estar-se-ia criando a possibilidade, *eterna*, de se demandar, v.g., um tataraneto de um administrador improbo... Criada estaria, assim, em antinomia com a própria Constituição, uma pena perpétua.

E essas antinomias ou conflitos aparentes de normas constitucionais são resolvidos mediante aplicação do princípio da concordância ou harmonização, consoante leciona Alexandre de Moraes:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua⁵⁷.

Confira-se, ainda, a respeito, lição de J. J. Gomes Canotilho:

Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica do tudo ou nada', antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante seu 'peso' e as circunstâncias do caso⁵⁸.

No caso, certo que deve prevalecer o princípio contido no art. 5º, XLVII, b, CF, vez que situado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, sabidamente uma das cláusulas pétreas da Constituição, conforme se extrai do art. 60, § 4º, IV, CF.

Tanto é certa a prevalência do direito fundamental de vedação de penas perpétuas sobre a norma do art. 37, § 5º, CF, que o art. 23, I, da Lei 8.429/92, prevê a prescrição quinquenal para a aplicação de suas sanções - entre as quais se situa, obviamente, o perdimento de bens ou imposição de indenizar o erário.

A respeito do tema, confira-se precedente do eg. Tribunal de Justiça, em acolhendo a prescrição quinquenal das ações de improbidade:

Direito público. Município. Ex-Prefeito. Ministério Público. Ação civil pública. Ressarcimento aos cofres públicos. (...) Prescrição. - É de cinco anos o prazo de prescrição para exigir-se do administrador o ressarcimento de prejuízo causado a órgão público, não sendo correta a interpretação do art. 37, § 5º, CF, no sentido da imprescritibilidade⁵⁹.

4 Conclusões

Misabel Abreu Machado Derzi esclarece que

a Lei Complementar n. 101/00 não tem como objetivo precípuo o combate à corrupção, à desonestidade ou ao desvio, como foi tão insistentemente divulgado pela imprensa. Pode ser mesmo que ela dificulte, como norma preocupada com a transparência e a publicidade dos atos financeiros e orçamentários dos entes públicos, a malversação e a improbidade. Mas tal efeito será secundário, porque não é esse o fim fundamental que preside a sua elaboração. A Lei de Responsabilidade Fiscal almeja, muito mais, ser um complexo de normas ótimas de gestão e administração, para reduzir as aplicações em gastos com pessoal, assegurar o aumento da receita, limitar o endividamento (...) ⁶⁰.

57 Moraes. Direito Constitucional, p. 59.

58 Canotilho. Direito Constitucional, p. 190.

59 TJMG, AC 160.191-3, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro.

60 Derzi. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, p. 249.

Entretanto, não obstante a miríade de críticas que se podem dirigir à LC 101/00, é certo que as regras de gestão fiscal responsável nela estabelecidas constituem o início de um longo caminho na redução da corrupção e da gestão irresponsável de recursos públicos.

E, para que tal desiderato seja atingido, mister se emprestar efetividade às normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, e essa efetividade, que implicará severa mudança na mentalidade dos administradores públicos, ou, como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "passagem do patrimonialismo demagógico para o gerenciamento democrático"⁶¹, se traduz na firme aplicação das sanções previstas, para o caso de violação de suas normas.

Entretanto, deve ser consignado, com Kiyoshi Harada, que a

correta utilização de recursos financeiros depende, fundamentalmente, da honestidade do administrador e de seus agentes públicos. Não há lei que possa transformar o desonesto em honesto, o improbo em probó; pode, quando muito, intimidá-lo com ameaças representadas por sanções penais. Como não há lei perfeita, a possibilidade, bem como a probabilidade de os atos de improbidade nas três esferas de Poder e no âmbito das três entidades políticas, continuará em aberto, ainda que em proporção menor⁶².

Nesse contexto, para, pelo menos, reduzir a má gestão ou a gestão irresponsável das verbas públicas ao mínimo, é que, como já apontado, avulta a importância do Ministério Público e do Judiciário, pois um dos grandes mecanismos para tornar eficaz a LC 101/00 é a configuração de improbidade administrativa no caso de infringência de suas regras, situação que atrai as pesadas sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92. Noutros termos, uma das chaves para a efetividade dos controles de gestão fiscal implantados na LC 101/00 é a ação civil pública de improbidade, porque por meio dela se pode conseguir responsabilizar os maus gestores dos dinheiros públicos.

Certo que a LC 101/00 não vai transformar o gestor desonesto em honesto. Mas a efetiva aplicação das sanções no caso de gestão irresponsável de recursos públicos com certeza desestimulará a prática de novos atos de má gestão.

Perfeita, nessa quadra, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Se essa Lei lograr ou não mudar os velhos hábitos e se será ou não cumprida, serão desafios à maturidade político-administrativa do País, pois a maturidade não consiste em fazer boas leis, mas em respeitá-las"⁶³. E esse respeito às leis só se consegue, infelizmente, com a ameaça real da aplicação das sanções jurídicas, traduzidas, nas expressivas palavras de Miguel Reale, no "próprio direito enquanto se arma da força para garantir seu cumprimento"⁶⁴.

Não se pode descurar, entretanto, do uso responsável dos instrumentos previstos na Lei 8.429/92, pois não é qualquer descumprimento ou irregularidade formal que pode importar na prática de ato de improbidade administrativa. Mister, pelo menos, a comprovação de atuação desonesta ou mediante culpa grave, sob pena de qualquer violação à lei ser tida como ato de improbidade administrativa, o que não é juridicamente aceitável.

5 Referências bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. *Jus Navigandi*, nº 42, set./99. Disponibilidade e acesso: <www.jus.com.br> Acesso em: 15 ago. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2000.

61 Moreira Neto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos, p. 93.

62 Harada. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, *Jus Navigandi*, 49, jan. 01.

63 Moreira Neto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos, p. 93.

64 Reale. *Lições Preliminares de Direito*, p. 72.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O ordenador de despesas e a lei de responsabilidade fiscal. *Revista de Informação Legislativa*, nº 151-170, p. 153, jul./set. 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa. *Interesse Público*, nº 12, p. 108-121, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 28, p. 38-44, jul./set. 1999.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular - aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HARADA, Kiyoshi. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. *Jus Navigandi*, nº 49, jan./01. Disponibilidade e acesso: <www.jus.com.br> Acesso em: 15 ago. 2002.

LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, nº 221, p. 71-93, jul./set. 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PELICOLI, Angela Cristina. A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal. *Revista de Informação Legislativa*, nº 146, p. 109-117, abr./jun. 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 37, nº 4, p. 101-125, out./dez. 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O seqüestro na lei de repressão a ato de improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 22, nº 1, p. 41/42, jan./mar. 1997.